

**Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza 7 dicembre 2016 - 15 febbraio 2017, n. 7154**

*Presidente Amoresano – Relatore Di Stasi*

*Ritenuto in fatto*

1. Con sentenza del 15.12.2015, la Corte di appello di Catania confermava la sentenza emessa dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catania in data 22.1.2015, con la quale S.A.M. era stato dichiarato responsabile dei reati di cui agli artt. 609 bis, comma 1, 609 ter n. 1 cod. pen. commessi in danno di A.V. e delle minori, Ar.De. , P.M. e M.M. (le ultime due minori degli anni quattordici) e, ritenuta l'ipotesi attenuata di cui all'art. 609 bis, comma 3, cod.pen equivalente alla contestata aggravante, condannato alla pena di anni cinque di reclusione.

2. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione S.A.M. , per il tramite del difensore di fiducia, articolando tre motivi di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art. 173 comma 1, disp. att. cod. proc. pen..

Con il primo motivo deduce violazione di legge in relazione agli artt. 609 bis, 56,660 e 610 cod.pen..

Argomenta che la Corte territoriale avrebbe dovuto riqualificare i fatti contestati come violenza privata o molestie ovvero come tentativo di violenza sessuale, essendosi l'imputato limitato a baciare la mano o il braccio delle persone offese.

Con il secondo motivo deduce violazione di legge in relazione all'art. 56, comma 3, cod.pen..

Argomenta che dagli atti processuali emerge che l'imputato, pur avendo la possibilità di consumare i reati contestati, aveva preferito desistere volontariamente dall'azione criminosa e di tale circostanza non avevano tenuto conto i Giudici di merito.

Con il terzo motivo deduce violazione di legge in relazione all'art. 62 bis cod.pen..

Argomenta che la Corte territoriale denegava la concessione delle circostanze attenuanti generiche, senza tener conto dell'elemento positivo costituito dal comportamento collaborativo e resipiscente dell'imputato.

Chiede, pertanto, l'annullamento della sentenza impugnata.

In data 15.11.2016, M.G. e Mo.Ro.Ma.Pa. , parte civile costituita in qualità di genitori esercenti la responsabilità genitoriale sulla figlia minore M.M. , hanno depositato memoria difensiva nella quale hanno dedotto in merito alla manifesta infondatezza del ricorso ed hanno concluso per la declaratoria di inammissibilità.

*Considerato in diritto*

1. Il primo motivo di ricorso è fondato nei limiti appresso precisati.

1.1. Secondo la giurisprudenza di questa Corte di legittimità la molestia sessuale, che è una forma particolare di molestia prevista e punita dall'articolo 660 cod.pen., prescinde da contatti fisici a sfondo sessuale e si estrinseca o con petulanti corteggiamenti non graditi o con altrettante petulanti telefonate o con espressioni volgari nelle quali lo sfondo sessuale costituisce un motivo e non un momento della condotta. Essa coincide con tutte quelle condotte, sessualmente connotate, diverse dall'abuso sessuale, che vanno oltre il

semplice complimento o la mera proposta di instaurazione di un rapporto interpersonale. Se dalle espressioni verbali a sfondo sessuale si passa ai toccamenti a sfondo sessuale si realizza il delitto di abuso sessuale consumato o tentato a seconda della natura del tocco e delle circostanze del caso (Sez.3, n.27762 del 06/06/2008,Rv.240829; Sez.3, n.27042 del 12/05/2010, Rv.248064).

1.2. Nella nozione di atti sessuali, poi, debbono farsi rientrare tutti quelli che siano idonei a compromettere la libera determinazione della sessualità della persona e ad invadere la sua sfera sessuale (in questa facendo rientrare anche le zone erogene) con modalità connotate dalla costrizione (violenza, minaccia o abuso di autorità), sostituzione ingannevole di persona, ovvero abuso di inferiorità fisica o psichica.

Tra gli atti idonei ad integrare il delitto di cui all'art. 609 bis c.p. vanno ricompresi anche quelli insidiosi e rapidi, purché ovviamente riguardino zone erogene su persona non consenziente- come ad es. palpamenti, sfregamenti, baci (Sez.3,n.42871del 26/09/2013, Rv.256915); la nozione di violenza nel delitto di violenza sessuale non è limitata alla esplicazione di energia fisica direttamente posta in essere verso la persona offesa, ma comprende qualsiasi atto o fatto cui consegua la limitazione della libertà del soggetto passivo, così costretto a subire atti sessuali contro la propria volontà (Sez.3, n.6643 del 12/01/2010, Rv.246186); ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 609 bis cod. pen., violenza sessuale, non è, dunque, necessaria una violenza che ponga il soggetto passivo nell'impossibilità di opporre una resistenza, essendo sufficiente che l'azione si compia in modo insidiosamente rapido, tanto da superare la volontà contraria del soggetto passivo (Sez. 3, n. 6340 del 01/02/2006,Rv.233315).

Inoltre, ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale, la rilevanza di tutti quegli atti che, in quanto non direttamente indirizzati a zone chiaramente definibili come erogene, possono essere rivolti al soggetto passivo, anche con finalità del tutto diverse, come i baci o gli abbracci, costituisce oggetto di accertamento da parte del giudice del merito, secondo una valutazione che tenga conto della condotta nel suo complesso, del contesto in cui l'azione si è svolta, dei rapporti intercorrenti fra le persone coinvolte, della sua incidenza sulla libertà sessuale della persona offesa, del contesto relazionale intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante (Sez.3, n.10248 del 12/02/2014, Rv.258588; Sez.3, n.964 del 26/11/2014, dep.13/01/2015, Rv.261634; Sez.3, n.47265 del 08/09/2016, Rv.268280).

1.3.L'intrusione violenta nella sfera sessuale di un soggetto, anche se avvenuta "loci causa" o con finalità di irrisione della vittima, travalica il mero atto di violenza privata e si qualifica come atto sessuale punibile ai sensi dell'art. 609 bis cod. pen; pertanto, anche laddove il gesto sia stato compiuto loci causa ovvero con finalità di irrisione della vittima, non può lo stesso concretizzarsi nel meno grave reato di violenza privata, dovendosi invece qualificare come violenza sessuale attese le caratteristiche intrinseche dell'azione rappresentata dalla intrusione violenta nella sfera sessuale di un soggetto (Sez.3, n.20927 del 04/03/2009, Rv.244075; Sez.3,n.1709 del 01/07/2014, dep.15/01/2015, Rv.261779).

1.4. Il tentativo del reato di violenza sessuale è configurabile non solo nel caso in cui gli atti idonei diretti in modo non equivoco a porre in essere un abuso sessuale non si siano estrinsecati in un contatto corporeo, ma anche quando il contatto sia stato superficiale o fugace e non abbia attinto una zona erogena o considerata tale dal reo per la reazione della vittima o per altri fattori indipendenti dalla volontà dell'agente, mentre per la consumazione del reato è sufficiente che il colpevole raggiunga le parti intime della persona offesa (zone genitali o comunque erogene), essendo indifferente che il contatto corporeo sia di breve durata, che la vittima sia riuscita a sottrarsi all'azione dell'aggressore o che quest'ultimo consegua la soddisfazione erotica. (Sez. 3, n. 4674 del 22/10/2014, dep. 02/02/2015, Rv. 262472); ed ancora si è affermato che è configurabile il tentativo del reato, previsto dall'art. 609 bis cod. pen., in tutte le ipotesi in cui la condotta violenta o minacciosa non abbia determinato una immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima, poiché l'agente non ha raggiunto le zone intime (genitali o erogene) della vittima ovvero non ha provocato un contatto di quest'ultima con le proprie parti intime (Sez.3, n.17414 del 18/02/2016, Rv. 266900).

2. Nella specie, i Giudici del merito hanno correttamente valutato come le condotte dell'imputato, tenuto conto del contesto e delle modalità in cui l'azione si era svolta, fossero volontariamente dirette ad invadere e a compromettere la libertà sessuale delle vittime, con la conseguenza che gli atti posti in essere (l'imputato con un pretesto - connesso ad una proposta di un lavoro di volantaggio o a richiedere un'informazione- conduceva o tratteneva le vittime in un luogo appartato e, contro la volontà delle stesse, dopo aver afferrato in maniera improvvisa e compulsiva il braccio delle stesse effettuava ripetuti tocamenti, sfregamenti e baci sul braccio e sulle mani, atti accompagnati anche in un caso dall'azione di annusare e strofinare l'arto con le labbra ed in altro caso dalla pronuncia della inequivoca frase: "tranquilla questo è solo un giochetto per scaldare le vene") dovevano chiaramente ritenersi ricompresi nel novero degli atti sessuali idonei ad integrare l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 609 bis cod.pen.

Tuttavia, pur condivisibile un tale approdo ed infondata sotto tale profilo la doglianza proposta, va osservato che, alla luce dei principi di diritto suesposti, la qualificazione giuridica dei fatti di cui ai capi a), b) e c) doveva porsi come delitto tentato (artt. 56 e 609 bis c.p.) e non come delitto consumato. Indubbie, nella specie, le modalità violente che hanno caratterizzato le condotte dell'imputato, è necessario, ai fini della configurabilità della consumazione del reato di violenza sessuale di cui all'art. 609 bis cod.pen., che la violenza o minaccia, nella forma costrittiva dell'abuso sessuale, abbia effettivamente determinato la vittima ad una costrizione -a compiere o a subire un atto sessuale-, perché se le modalità della condotta sono idonee e dirette a costringere il destinatario a tenere, contro la propria volontà, la condotta pretesa dall'agente ma siano improduttive del risultato conseguito, si configura il tentativo di violenza sessuale e non il reato consumato.

In altri termini, la violenza o la minaccia per determinare la costrizione (a compiere o a subire un atto sessuale) "debbono comportare una immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima" e "l'immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima si ha quando l'agente raggiunge le

parti intime (zone genitali o comunque erogene) della persona offesa o prova un contatto della vittima con le parti intime proprie, essendo indifferente, in tal caso, che il contatto corporeo sia di breve durata, che la vittima sia riuscita a sottrarsi all'azione dell'aggressore e che quest'ultimo consegua la soddisfazione erotica, con la conseguenza che solo in siffatti casi può ritenersi la consumazione del reato di cui all'art. 609 bis c.p." (Sez.3, n.17414 del 18/02/2016, Rv.266900, cit.).

3. Nel caso di specie, i Giudici del merito, alla luce delle risultanze istruttorie, hanno escluso che in relazione ai fatti di cui ai capi a), b) e c) vi sia stato un contatto corporeo pure se l'imputato l'abbia cercato con condotta repentina ed insidiosa: pertanto, i fatti di cui ai capi a), b) e c) dell'imputazione vanno qualificati come delitti tentati.

Va, invece, ritenuta corretta la qualificazione quale reato consumato di violenza sessuale in relazione al fatto di cui al capo d) dell'imputazione, nel quale vi è stata da parte dell'agente "l'immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima" mediante un contatto corporeo della vittima con le parti intime proprie, contatto sia pure di breve durata, perché la vittima riusciva a sottrarsi all'azione dell'aggressore, divincolandosi e sferrandogli un calcio (l'imputato dopo aver condotto la vittima in un luogo appartato- con un pretesto connesso alla proposta di coinvolgerla in un progetto di beneficenza- e dopo averle repentinamente baciato la mano le proponeva di "fare il gioco che scalda le vene", abbracciando da dietro la vittima, gettandola con la faccia per terra, schiacciandola con il suo corpo e strofinandosi sul corpo della stessa con i movimenti tipici dell'atto sessuale).

2. Il secondo motivo di ricorso è infondato.

Va ricordato che è configurabile il tentativo e non la desistenza volontaria nel caso in cui la condotta delittuosa si sia arrestata prima del verificarsi dell'evento non per volontaria iniziativa dell'agente ma per fattori esterni che impediscano, comunque, la prosecuzione dell'azione o la rendano vana (Sez. 2, n. 51514 del 05/12/2013, Rv. 258076; Sez. 5, n. 13293 del 28/01/2013, Rv. 255066; Sez. 5, n. 36919 del 11/07/2008, Rv. 241595).

Nella sentenza impugnata, di dà atto, alla luce delle risultanze istruttorie, che in tutti gli episodi contestati non era l'imputato a desistere dalla condotta posta in essere ma erano le vittime che riuscivano a divincolarsi ed a sottrarsi, fuggendo, alla condotta costringitiva posta in essere dal S. (pag 6 della sentenza impugnata).

Nella specie, pertanto, non può ritenersi configurabile l'invocata desistenza volontaria.

3. Il terzo motivo di ricorso è infondato.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche non costituisce un diritto conseguente all'assenza di elementi negativi connotanti la personalità del soggetto, ma richiede elementi di segno positivo, dalla cui assenza legittimamente deriva il diniego di concessione delle circostanze in parola; l'obbligo di analitica motivazione in materia di circostanze attenuanti generiche qualifica, infatti, la decisione circa la sussistenza delle condizioni per concederle e non anche la decisione opposta (Sez. 1, n. 3529 del 22/09/1993, Rv. 195339; Sez. 2, n. 38383 del 10.7.2009, Squillace ed altro, Rv. 245241; Sez. 3, n. 44071 del

25/09/2014, Rv. 260610).

Inoltre, secondo giurisprudenza consolidata di questa Corte, il giudice nel motivare il diniego della concessione delle attenuanti generiche non deve necessariamente prendere in considerazione tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti; è sufficiente che egli faccia riferimento a quelli ritenuti decisivi o comunque rilevanti, rimanendo disattesi o superati tutti gli altri da tale valutazione, individuando, tra gli elementi di cui all'art. 133 cod. pen., quelli di rilevanza decisiva ai fini della connotazione negativa della personalità dell'imputato (Sez.3, n.28535 del 19/03/2014, Rv.259899; Sez.6, n.34364 del 16/06/2010, Rv.248244; sez. 2, 11 ottobre 2004, n. 2285, Rv. 230691).

L'obbligo della motivazione non è certamente disatteso quando non siano state prese in considerazione tutte le prospettazioni difensive, a condizione però che in una valutazione complessiva il giudice abbia dato la prevalenza a considerazioni di maggior rilievo, disattendendo implicitamente le altre. E la motivazione, fondata sulle sole ragioni preponderanti della decisione non può, purché congrua e non contraddittoria, essere sindacata in cassazione neppure quando difetti di uno specifico apprezzamento per ciascuno dei pretesi fattori attenuanti indicati nell'interesse dell'imputato.

Nella specie, la Corte territoriale, con motivazione congrua e logica, ha negato la concessione delle circostanze attenuanti generiche richiamando sia le modalità e circostanze del fatto che i precedenti penali specifici dell'imputato.

La motivazione è adeguata e logica e si sottrae al sindacato di legittimità.

Va rimarcato, quanto al richiamo alla personalità negativa dell'imputato, quale emergente dal certificato penale, per negare l'invocato beneficio, che questa Corte ha ritenuto la sufficienza dei precedenti penali dell'imputato quale elemento preponderante ostativo alla concessione delle circostanze attenuanti generiche, Sez.2, n.3896 del 20/01/2016, Rv.265826; Sez.1, n.12787 del 05/12/1995, Rv.203146).

5. In definitiva, s'impone l'annullamento della sentenza limitatamente alla qualificazione giuridica dei fatti di cui ai capi a), b) e c) come reato consumato di violenza sessuale con conseguente riqualificazione degli stessi come delitto tentato di violenza sessuale (artt. 56 e 609 bis c.p.) e rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Catania per la rideterminazione della pena; il ricorso va, poi, rigettato nel resto.

6. Va, infine, rimarcato che la parte civile non può ottenere la rifusione delle spese processuali essendosi il giudizio di legittimità concluso con l'annullamento con rinvio, ma potrà far valere le proprie pretese nel corso ulteriore del processo, in cui il giudice di merito dovrà accertare la sussistenza, a carico dell'imputato, dell'obbligo della rifusione delle spese giudiziali in base al principio della soccombenza, con riferimento all'esito del gravame (Sez.5, n. 25469 del 23/04/2014, Rv.262561).

*P.Q.M.*

Qualificati i fatti di cui ai capi a), b) e c) come tentativo (artt. 56 e 609 bis c.p.) rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Catania per la rideterminazione della pena. Rigetta nel resto il ricorso.